

**LA SUBIDA (ESTRATÉGICA) DEL PRECIO DE «FUSIÓN»
DECLARADA ILEGAL: TELEFÓNICA TENDRÁ QUE RESTITUIR LO
COBRADO MÁS INTERESES DE DEMORA Y MANTENER EL
SERVICIO AL PRECIO INICIALMENTE CONTRATADO¹**

Sentencia del JPI núm. 2 de Pamplona, de 17 de marzo del 2016

Por la utilización publicitaria del concepto "para siempre"; por la falta de incorporación de la facultad de modificación de las condiciones contractuales; por la falta de consentimiento de una eventual novación de la obligación y por la falta de prueba de la concurrencia de motivos técnicos o económicos que justificaran una posible aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, el contrato ha de cumplirse en los términos en los que se perfeccionó. La modificación de precios supone un incumplimiento y como tal, se consideran nulas las repetidas subidas del precio del servicio.

Ana I. Mendoza Losana

Profesora de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pamplona dictó el 17 de marzo del 2016 la sentencia número 000074/2016 (ROJ: SJPI 24/2016 - ECLI:ES:JPI:2016:24; Id CENDOJ: 31201420022016100001) en el procedimiento ordinario nº 0000042/2016, seguido contra Telefónica de España SA y Telefónica Móviles España, SA (en adelante, Telefónica) por reclamación de cantidad.

1. Hechos

El 14 de septiembre del 2009, Telefónica anuncia su producto «Movistar Fusión» consistente en la inclusión en una sola factura y «para siempre» al precio total de 60,37 € de diversos servicios de telecomunicaciones. Mediante llamada telefónica al servicio de atención al cliente (1004), en octubre de 2012, el demandante solicitó la sustitución del servicio DUO por el de Movistar Fusión y además Fusión Línea Adicional. Desde entonces y hasta mayo del 2015, se le ha facturado por

¹ Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

el precio contratado, esto es 49,90€ la primera más 20,00€ la segunda más IVA. A partir de esta fecha y a pesar de que el precio fue contratado «para siempre», se han producido sendas subidas de la facturación, en mayo del 2015 y en enero del 2016.

2. Pretensión del demandante: cumplimiento correcto del contrato

El demandante califica la subida de precios como «incumplimiento» del contrato y por ello, solicita: 1º) que se declare nula; 2º) que se compela a las codemandadas para que en lo sucesivo se abstengan de aplicar subidas de precio al servicio de Fusión contratado; 3º) que se condene a las codemandadas a la devolución al demandante de las cantidades cobradas de más desde el mes de mayo del 2015, en los contratos de MOVISTAR FUSION y FUSION LINEA ADICIONAL con los intereses que dichas cantidades generen desde que fueron cobradas, cuyo importe total se calculará en ejecución de sentencia; 4º) que se condene en costas a las empresas codemandadas.

3. Oposición de las empresas demandadas: la modificación es una facultad contractual reservada a la empresa y conocida por el demandante que pudo darse de baja del servicio

Los motivos por los que las empresas demandadas se oponen a la demanda son públicamente conocidos. Su defensa se ha basado en la calificación de la modificación de precios como una facultad contenida en el contrato (cláusula 12ª) y conocida por el demandante, - en el caso de autos, abogado de profesión-, y a quien, con carácter previo (abril del 2015), se le comunicó la subida de la tarifa mensual junto con la posibilidad de darse de baja de modo gratuito. Por lo que, según la demandada «el perjuicio económico sufrido por el actor es consecuencia de sus propios actos».

4. Respuesta judicial

El juzgado de primera instancia estima la demanda. Declara nula la subida y obliga a las empresas demandadas a restituir al demandante lo cobrado indebidamente, así como los intereses de demora.

La sentencia ha tenido gran trascendencia mediática pues las reiteradas subidas de precios del servicio Fusión de Telefónica, imitadas después por otros operadores, han sido muy criticadas por las asociaciones de consumidores y han motivado iniciativas tanto judiciales como extrajudiciales contra las subidas. Sin embargo, no se puede decir que la sentencia glosada sea un modelo de argumentación jurídica. Los fundamentos jurídicos se entremezclan sin que quede finalmente claro cuál es el motivo definitivo que fundamenta el fallo.

Los argumentos en los que se sustenta el fallo, que ya fueron defendidos por quien glosa la sentencia², son los siguientes:

² MENDOZA LOSANA, A.I., "Razones por las que Movistar no puede subir el precio de su servicio Fusión"; CESCO, Abril 2015, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/34/47.pdf>

1º) *La publicidad ofrecía tarifas «para siempre» o calificaba los precios como «definitivos».* El juzgado admite como hechos probados que las empresas «realizaron una oferta anuncio de movistar fusión, en la que entre otras cosas, se decía que "serán los precios finales, y para siempre" y [...], se dicen distintos precios, alguno de ellos con el calificativo de "definitivo"».

Como es sabido y como destaca el juzgado, «la oferta de contrato integra el mismo», y «puede ocurrir que su contenido se corresponda o difiera del resto del contrato, que sea armoniosa o contradictoria...». Correlativamente, el contrato no se agota en las palabras y su contenido puede determinarse por actos posteriores de las partes. Así, conforme al artículo 1281 del Código Civil (CC), «si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas».

La cláusula publicitaria «para siempre» no puede tratarse como un mero reclamo publicitario vacío de contenido jurídico. Según afirma el juzgado, «no se trata, [...] de hacer tabla rasa de lo anterior, como si, el *for ever*, para siempre no existiera o careciera de la significación que es común».

Por ser el demandante un profesional y no un consumidor, el juzgador no menciona el artículo 61.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU)³, para poner en valor el efecto integrador de la publicidad en favor del consumidor, sino que se refiere al artículo 1228 del Código Civil del que concluye que la propaganda, publicidad, información y noticias emitidas por la empresa le vinculan en cuanto le favorecen pero también en cuanto le perjudican. La referencia normativa no es baladí porque la invocación del Código Civil permite predicar el efecto integrador de la publicidad a cualquier oferta o información precontractual, aunque el contratante no ostente la condición de consumidor incluido en el ámbito de aplicación de la normativa consumerista.

2º) *La naturaleza del contrato.* El juzgado afirma que «se trata de contrato de duración indefinida, con compromiso de permanencia» y no queda probado que el demandado conociera la facultad contractual de modificación del contrato, en cuanto la empresa demandada no prueba la entrega del justificante del contrato. Por ser un contrato indefinido, la modificación de

³ Artículo 61 TRLGDCU. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato

1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

condiciones no produce necesariamente o la novación tácita o expresa o la resolución. Cabe un *tertium genus* que es el mantenimiento del contrato, si no se produce una alteración significativa del objeto de acuerdo con lo pactado (*pacta sunt servanda*).

3º) *La facultad contractual de modificación de precios queda condicionada a la concurrencia de ciertos hechos que no se verifican en el caso enjuiciado y que resultan indeterminados.* El juzgado destaca que en el clausulado del contrato se prevé la modificación, «por cambios tecnológicos, variaciones de las condiciones económicas y evolución el mercado». Se prevé la notificación previa al cliente y la posibilidad de que éste no acepte la subida y opte por apartarse del contrato sin penalización. Sin embargo, la demandada no ha probado la concurrencia de razones técnicas que justifiquen la modificación de precios.

Si no se prueban, la mera invocación de «mejoras técnicas», no sirve para justificar la subida de precios.

Sólo cabría una modificación de precios en caso de variación «probada» y «relevante» de las características tecnológicas que afecten al producto.

De nuevo sin necesidad de acudir a la normativa de consumo, el juzgado considera improcedente la modificación por «la sencilla razón que el contrato no puede quedar al arbitrio de una parte, tenga el alcance que tenga, local, nacional, internacional o multinacional», en virtud del artículo 1256 del Código Civil.

4º) *La cláusula de modificación del contrato no ha quedado incorporada por falta del consentimiento expreso del usuario y por no quedar acreditado que la empresa envió el justificante del contrato.* Ciertamente esta argumentación no es expresa y se lee entre líneas en la sentencia que se pronuncia sobre esta cuestión en términos algo farragosos⁴.

5º) *El cliente es un consumidor medio.* La demandante oponía la condición de abogado del cliente para argumentar que a pesar de la oferta publicitaria, éste conocía la cláusula contractual de modificación de condiciones. Sin embargo, el juzgado se pronuncia en términos rotundos, aceptando que el concepto de "consumidor medio" al que se refiere el artículo 3 del TRLGDCU es predicable de este cliente e insiste en que el uso publicitario del término «para siempre» no puede quedar vacío de eficacia jurídica alegando que forma parte del concepto de "cultura promocional". Afirma el juzgado que «la expresión "para siempre" tiene cierta "vocación de permanencia", que pudiera evocar aquello

⁴ «Es inferible que no solo la oferta integra al contrato, también las condiciones antes calificadas de generales, intituladas "particulares" que para su validez y eficacia, más con tal precedente, y oferta, y la condición de consumidor, que en ningún consentimiento, ocioso decir que no es expreso, deben cumplir los requisitos de incorporación, artículos 5 , 7 , 8 de la Ley 7/98 de 13 de Abril , y lo dispuesto en el artículo 82 y concordantes y siguientes del R.D. legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre, pues bien, de los motivos que se refieren, en absoluto se considera cumplen "las variaciones económicas existentes en el momento de la contratación" ni la evolución del mercado" entre otras cosas por su total indeterminación».

del matrimonio, contrato para siempre... sin perjuicio de separación y divorcio».

6º) *No ha quedado probado que el demandante aceptara la novación de la obligación.* Constata el juzgado que no hay prueba alguna, ni presunción, de que el demandante, haya dado consentimiento alguno a la novación del contrato, como requiere el artículo 1203 del Código Civil. Destaca que la novación no se presume nunca y que el pago del nuevo precio tampoco permite presuponer la aceptación de dicha novación. El cliente que paga el nuevo precio cumple la obligación de pago y evita una eventual causa de resolución del contrato.

En definitiva, por la utilización publicitaria del concepto “para siempre”; por la falta de incorporación de la facultad de modificación de las condiciones contractuales; por la falta de consentimiento de una eventual novación de la obligación y por la falta de prueba de la concurrencia de motivos técnicos o económicos que justificaran una posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, el contrato ha de cumplirse en los términos en los que se perfeccionó (*pacta sunt servanda*). La modificación de precios supone un incumplimiento del contrato y como tal, conforme al artículo 1101 y concordantes del Código Civil, «las demandadas han incumplido el contrato», y asiste al demandante «el derecho a exigir su cumplimiento». Todo ello da lugar a considerar nulas las repetidas subidas de precio «sufridas por el actor» y al reconocimiento de su derecho a que se le reintegre lo pagado, en lo que supere lo originariamente pactado.

El juzgado considera improcedente la condena de futuro (conminar a no aplicar nuevas subidas), por considerar, que «en determinada circunstancia, es susceptible de incrementarse el precio». Ello ocurrirá cuando se produzcan mejoras técnicas «probadas» y «relevantes».

5. Estrategia de las operadoras demandadas, que no han recurrido la sentencia

Contra la sentencia recurrida cabía interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Pamplona en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación.

Sin embargo, en contra de las previsiones⁵, el pasado 21 de abril, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pamplona declaró firme la sentencia dictada por el mismo juzgado en el procedimiento 0000042/2016, en el que se declararon nulas las subidas de precios aplicadas por Telefónica de España SA y Telefónica Móviles España SA, y se obligó a las empresas a reintegrar al demandante lo

⁵ V. «La subida del precio de Movistar Fusión declarada ilegal: Telefónica tendrá que restituir lo cobrado más intereses de demora y mantener el servicio al precio inicialmente contratado, sentencia del JPI núm. 2 de pamplona, de 17 de marzo de 2016», <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/04/La-subida-del-precio-de-Movistar-Fusion-declarada-ilegal.pdf>

cobrado en base a tales subidas, más los correspondientes intereses desde que fueron cobrados⁶.

Podría pensarse que la sentencia del Juzgado número 2 de Pamplona abre una senda, que podrá ser explorada por otros muchos clientes (de Telefónica o de otras empresas) que se sentirán tentados a presentar en los juzgados reclamaciones de cantidad por la aplicación de subidas no amparadas por el *ius variandi* del empresario⁷. Pero lamentablemente y sin perjuicio de la adhesión a acciones colectivas⁸, la realidad muestra que pocos son los clientes y menos los consumidores (finales) dispuestos a incurrir en los costes económicos y de tiempo, que ocasiona un proceso judicial, por una subida de precios que no representa una cuantía significativa en relación al gasto mensual total (en el caso enjuiciado, la primera subida fue de 5 euros mensuales).

Diríase que la subida de los precios ofrecidos «para siempre» obedece a una estrategia perfectamente calculada por las empresas, que consiste en aplicar el incremento de precios a todos los consumidores, aun siendo conscientes de su ilegalidad, ofrecer la posibilidad de darse de baja a los clientes que no lo acepten y devolver el dinero y mantener el precio del servicio a los que reclamen *por vía judicial*.

Pero eso no es todo. Hay otra parte de la estrategia no desdeñable: las operadoras son conscientes de que si recurrieran, las instancias judiciales superiores también estimarían las pretensiones de los demandantes por lo que optan por sufrir la derrota en un nivel judicial inferior (la primera instancia), donde el impacto mediático es menor y en el que existen pluralidad de decisores. Una decisión favorable en primera instancia se concibe como una decisión marginal y aislada, quedando siempre abierta la posibilidad de ganar en otro foro. Sin embargo, cuanto más alta fuera la instancia que hubiera declarado la nulidad, mayor sería el número de clientes que se dispondrían a litigar.

Estratégicamente, la empresa tiene poderosos incentivos para no recurrir. Se resigna a aplicar los remedios contractuales propios del Derecho privado para restablecer el equilibrio contractual y el daño ocasionado a los clientes que ejercen acciones judiciales (de cumplimiento y de restitución del pago indebido), contra el incumplimiento contractual (arts. 1101 y 1124 CC) pero ignora el interés general de los consumidores en su conjunto, mientras sigue percibiendo los ingentes beneficios de la subida generalizada de los precios, pagados por el elevado número de clientes que ni impugnan la subida ni se dan de baja del servicio.

⁶ CESCO agradece al demandante, Javier Fernández Quintana, abogado de profesión, el envío de la resolución judicial que declara firme la sentencia.

⁷ Las operadoras se han habituado a ejercer el *ius variandi* de formas muy diversas. La más reciente es la subida del precio de los datos una vez superado el límite inicialmente contratado. Sobre esta práctica v. L. GARCÍA MONTORO, «El uso de datos móviles tras alcanzar el límite contratado puede salirnos muy caro», CESCO, 9 mayo 2016, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/05/El-uso-de-datos-moviles-tras-alcanzar-el-limite-contratado-puede-salirnos-muy-carro.pdf>

⁸ Demanda interpuesta por FACUA ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid, <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=9966>

6. Intervención de la Administración

En este contexto, parece que sólo la intervención de la Administración Pública pudiera tutelar adecuadamente el interés general de los consumidores. La Administración de consumo puede ejercer su potestad sancionadora invocando varios apartados del artículo 49 del TRLGDCU (art. 49.1⁹, e, i en relación al art. 85.3¹⁰, l en relación a los artículos 19, 20 y 22.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, n) o sus equivalentes en la normativa autonómica.

Por otra parte, cabe recordar que por tratarse de una práctica desleal con los consumidores, la Agencia española de Consumo, Seguridad alimentaria y Nutrición (AECOSAN, antiguo Instituto Nacional de Consumo) está legitimada para ejercer las acciones de cesación, rectificación y remoción de efectos previstas en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (art. 33.3). Podría exigir judicialmente que la empresa dejara de ofrecer «precios para siempre» y que rectificara dicha publicidad. Sin embargo, previsiblemente, estas dos pretensiones habrán perdido todo su sentido una vez agotada la campaña publicitaria. Mayor interés tiene el posible ejercicio de la acción de remoción de efectos, que en el supuesto considerado tendría escasa eficacia práctica. La remoción de los efectos del acto de competencia desleal debería consistir en el reintegro de las cantidades cobradas indebidamente desde la subida a todos los clientes que en fase de ejecución de sentencia lo solicitaran. Pero para devolver lo cobrado indebidamente, es imprescindible la declaración de nulidad del título de cobro (la modificación ilegal), competencia reservada al juez en el correspondiente proceso, cuyo inicio no corresponde a AECOSAN.

También AECOSA está legitimada para el ejercicio de las acciones de cesación, retractación y declarativa del artículo 12 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (art. 16.4 LCGC), lo que no legitima al organismo para impugnar la cláusula contractual que ampara subidas sin

⁹ Artículo 49 TRLGDCU. *Infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios*

1. Son infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios:

- e) El incumplimiento de las normas reguladoras de precios, la imposición injustificada de condiciones sobre prestaciones no solicitadas o cantidades mínimas o *cualquier otro tipo de intervención o actuación ilícita que suponga un incremento de los precios o márgenes comerciales*.
- i) La introducción de cláusulas abusivas en los contratos.
- l) El uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios.
- n) El incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta norma o disposiciones que la desarrollen, en los términos previstos en la legislación autonómica que resulte de aplicación.

¹⁰ Artículo 85 TRLGDCU. *Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario*

Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:

[...]

3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario *facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato*, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

concretar los motivos o por razones injustificadas y en su caso, exigir la devolución de cantidades que se hubiesen cobrado.

En cualquier caso, el eventual ejercicio de las acciones indicadas por la Administración de Consumo también beneficiaría indirectamente a los clientes no consumidores, que podrán ejercer las acciones judiciales derivadas del incumplimiento del contrato y la acción de cesación de la publicidad ilícita (art. 6.1 Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad).